

△ 翻 訳 △

ヨゼフ・エッサー『原則と規範』(十)

本稿は Josef Esser, Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts, Rechtsvergleichends Beiträge zur Rechtsquellen- und Interpretationslehre, 4, unveränderte Auflage (1990) の著者と出版社の承諾により、翻訳である。(但し、第一編四章までは 3. unveränderte Auflage, 1974 による。)

目 次

米 山 隆(訳)

第一編 私法における普遍的な法原則の現象形態と法思想の現象形態

第一章 題目の限界と意味

第二章 法律学的な原理の力の場合としての裁判官による法の形成(以上第一巻四号)

第三章 我々の問いかけの提起にとつての比較法の意味のために

第四章 普遍的法原理の概念と本性に関する暫定的仮定(以上第二巻四号及び第三巻一号)

第五章 実定的憲法原理の裁判官による法形成のための意味(第三巻二号)

第二編 法における原理の分類と類型決定の試み

第六章 狭義における法原理の類型(第三巻三号)

第七章 法発見の原理

第八章 法原理・法的範及び法源の關係に関する普遍的なこと(以上第三巻四号及び第四巻一号)

第三編 法典化された私法の定立における法原理の役割と裁判官のつくった法における法原理の役割

第九章 法典化された民事法における原理と法規範(第四巻二・三・四号)

第十章 判例法における「原理と規則」(本号・未完)

S. 183

第一〇章 判例法における「原理と規則」

一、イギリスの判例法とアメリカの判例法における原理と法規範との関係は、法における手続ならびに衡平法における手続において、必ず別個の異なるものでなければならないし、より内的なもの、また、よりからみあったものでなければならない。いかなる制定法も排他的通用を求める要求を持つ法律要件を文言化していかないかぎり、制定法に対する忠実の、法に反する司法の、「制定法の精神」からの原理の演繹の、また、解釈学説と制定法の役割演奏の大陸における問題は国家的実証主義の叙述された形式においては浮上しない。他面において保護の可能性（救済方法）を持つ法類型（法のタイプ）は学校の規則のように整然と実体法的「制度」の体系の仕方にしたがって建設されるのではなくして、歴史的に与えられた訴の可能性、訴に則って方向づけられる。⁽¹⁸³⁾原理は、したがって、権利保護の原理、実際的な原理であり、事案に関し、また、問題に関して帰納的に發展させられ、また、修辭学的技術の仕方にしたがって格率と解釈学説に濃縮させられる。⁽¹⁸⁴⁾

S. 184

だからこそ公理的意義において構築原理と概念結合が欠如している。HECK 的批判の意義において論理的演繹の「閉ざされた体系」の代りに事案に則って發展させられた問題原理が登場する。解説と發展形成は閉ざされた体系の単なる改竄の純化の擬制的性格を持つのではなくして、存立しているものの論証してゆく拡張の「開かれた」課題を持つている。⁽¹⁸⁷⁾さてこの「存立しているもの」はもはや歴史的に成立したものとなっている訴あるいは訴状ではなくして——そのかぎりにおいてその他の点において古典的ローマ法の、また、さらにプレートル法の「開かれた」体系に対するあきらかな平行線は、方法において（そして一八七〇年以来形式においてもまた）変遷して行ったのであり——先例であり、また、そのなかに化体された規則である。先例から先例への法的理由づけはあの規則をつねに新しく統合し、変遷させ、狭くし、より純化し、拡大し、精緻化するのであり、すなわち、同様に、この法的理由づけは実体法の構成要素としてそのつど固定化するという擬制に固執するのである。⁽¹⁸⁸⁾そしてここにおいて、それは法典思考におけるように類似して、全發展系列の原理、その「法思想」であり、これはいわば干渉的に規則の修正を許すが、同時に古い規則と新しい規則の同一性の表象を發見するのであり、——また、もしも同一性の表象でないとなれば、継続性の表象を發見するのである。⁽¹⁸⁹⁾

S. 185

S. 186

アングロアメリカ的な判例法における「原理」は、したがって、二重の機能を持っている。1、法的理由づけの「出発点」としてであり、この出発点は問題思考においてそのつど一つの制度の必然的・二律背反の基本課題の一面をとりだして強調し、また、つねに新しい事案においてあらわれる古い問題の弁証法的取扱いをうながすものである。⁽¹⁹⁾ 原理は、したがって普遍的包括的な法律要件から出発するのではなくして、特殊なできうるだけ多くの個々の事案を規律する法律要件から出発する法発見の方法である修辭学のカズイステイクの意義における観点 *topos* として役立つのである。2、法の根本義の発見的な(概念的・拘束的でない)種類のまとめとして。原理は特定の問題設定とそれを取り扱っている決定系列を目的論的にいいあらわすはずである。

各々の現実的な判例法において「原理」という概念は教義学的性格を持つのではなくして、発見的性格を持っている。実用主義的方法をともなっている全判例法は法典法の観念的方法に対して虚心な尊敬の念をもつて「体系」の優越を許容すると同じく、その原理もまた公理的通用の各々の形式を放棄する。⁽²⁰⁾ 事案にそつて発展させられた洞察を一つの原理にまとめるための需要はいかなる方法学的起源をもつのではなくして、純粹の實踐的起源をもつのであり、この一つの原理は先例の判決理由と附隨的意見を限界づけることを疑うことを通してびっこにされることはないし、構成の裁判に関する技芸を通しておびやかされることもないし、また「先例拘束力」の形式上の限界を通して縮小されることもない。しかし、この實際的側面、すなわち、今の事案をおおっている先例の選択は、この先例のために「一般的解釈学説」が基礎になっていないとすれば、決定は先例から見つけられることはできないという表象を再三再四うみだすのである。一般的解釈学説はそうすることを発見し、またそれを「適用」しなければならない——⁽²¹⁾ コモンローの法律家の表象においても。

実際に「事案の解釈学説」の特定の価値評価に事態に関する法的重要性と前決定に関する法的重要性の取捨選択の事象は依存している。原理と解釈学説が演ずる鍵となる役割に関して、⁽²²⁾ あきらかに方向を異にする先例との論争が問題であるならば、また、先例の「優越性」が問題であるならば、人々は完全に一致している。⁽²³⁾ この際、「法論理学」の武器庫もまた輕蔑されて拒否されるのではないことはもちろんであるが、最後の治療薬は依然として「解釈学説」あるいは「原理」のままであり、これらについて次のようにいわれることができる。すなわち、これやあれやのリーディングケースにしたがって解釈学説あるいは原理の特殊な刻印における「規則」は表見的に無視されることはもちろんであるが、「事案の原理」は動搖されることはない。同時に、⁽²⁴⁾ それ

S. 187

とともに具体的な類推思考からの意味のある転換が実行されることはいうまでもなく、この思考は新しい事案を周知の事案に縮限するようにつとめるのである。開かれた体系に縁遠い大前提の形成の道がつけられるのであり、この形成はの場合ゆっくりとリステイトメント、ディゲエスト（訳者註、彙纂、判決要旨）及びハンドブックとともに「非公式の」法的權威を所持している。⁽⁹⁸⁾

2、しかし、単に「優越性」の技術、すなわち、發展形成が事実上の、あるいは法的な規則の縮小化あるいは規則の解釈を変更することのたすけをもって形式的に拘束してゆく先例において觀察されるにすぎないならば、判例法における「原理」の役割は過小評價されるであらう。すでにそうすることは原理を法發展の「護り人」にするであらうことはもちろんである。原理は、それが事案の限界づけと比較の帰納的過程を導くことにより、問いかげの先例は私の事案にとって現実に先例であるかどうかを決定する。⁽⁹⁹⁾「この光のなかで見られるならば、先例拘束力の規則は殆んど価値がないのである」先例自体、「原理」がそれらに与える価値以外のいかなる価値も持っていないのであり、この原理は先例から推定することが主張される。⁽¹⁰⁰⁾「必然的論理」をもって原理は先例から「生ずる」のではない——ここで法の根本義を決定するのは裁判官の理性である。⁽¹⁰¹⁾

大陸の法律家が解釈の「自由意思的」要素を発見してしまつたはるか以前に、アングロアメリカの裁判官はテキストあるいは先例「から」解釈学説を形成することのアクレスの踵の弱点を知つていた。一つの研究——上述の（N. II 186）WAMBAUGHによつて言及された研究——において既に九〇年代においてすべての不安定なところは究明されており、この不安定さは「事案の原理または解釈学説を確認する」正統派の技術に対して対立しているものであり、それは、事態と法律要件から生ずる一般的なものの必然的であるが、しかし管理されなかつた前——取捨選択を通して対立しているのである。「事案の原理」は、それとともに、本来の力の發展の源、力なおかつ威力の源、先例の源となる。

しかしながら、コモローにおいて「……に適用された原理」、あるいは「……からとられた規則」のようないいまわしのなかに浮かぶ「原理」のこの方法的機能を超えて「法の原理」の実体的な、より始源的な意味もまた存在する。⁽¹⁰²⁾正義の原理と法の原理は最も古いものであり、また各々の訴に拘束された権利の保護とその發展形成の最も生命力ある根もとである。権利と権利追求が始源的の一つであることは、ここから人々が一九三三年後何回となく「訴権的思考」の標語のもとに時代に即していることと生活に即していることを承認しないことを欲したが、じつさに大衆に好まれていないのでもなく、また、弾力性がないのでもな

S. 188

い。「権利において」という論理操作は我々の大陸の伝統においてまさに進化的思考の古典的に特に秀でた業績をいいあらわしている。⁽²⁰³⁾ イギリス法において各々の発展はあらかじめにされないままに実行されており、法創造的衝動は様式通りに単に約定による配量的処方においてのみ示されてさしつかえない。すなわち、強烈な精神は、*LORD MANSFIELD* のように、特権化された一回性のままにとどまる。とはいえ、そのことは訴の図式に理由があるのではなくして、イギリスの法曹身分の社会学的構造に理由があるのである。たしかにすでに令状、訴訟開始令状及び令状申請書の高権の由来は発展を必要とする体系のための負担であり、この体系の硬直性はそのとき法における権利保護と衡平法における権利保護の二車線をとることを無理やりとった。しかしまたそうすれば封建的背景もなく、また、司法のツンフト的排他性もなくして筋書きの展開を延ばす契機として作用を及ぼすこともなかったであろう。⁽²⁰⁴⁾ 訴の発展形成における障碍は先祖伝来の裁判所構成の傷痕や手工業的に定立された法律学の傷痕であることよりも訴の思考の傷痕であることの方がより少かった。これらの障碍は、法律学が「原理」や「解釈学説」をもちや単に一般的・包括的な法律要件から出発するのではなくして特殊的、かつ、でさうるだけ多くの法律要件から出発する法発見の方法のカズイステイクではなく、建設的に、すなわち、制度のために、使用するや否や、⁽²⁰⁵⁾ 脱落するのである。それとともに実際に訴の限定された数、*Westminster* 法にもかかわらず存続している訴の結合は破壊される。⁽²⁰⁶⁾

S. 189

今日じつさに、訴の独占的地位は以前からイギリス法と北アメリカ法において権利保護の欠缺をふさぐことを妨げたが、裁判官による法の発展形成を妨害していない。⁽²⁰⁷⁾ むしろ——苦勞することもなく論証により決定を覆すことを通してあまりにすみやかな先例拘束の彼方に——承認された原理を建設的に利用可能にすることが欠如することがわずかに残っているにすぎないのであり、この欠如はコモローの実践を訴の思考に投げ返えすのである。この意義における建設的思考は教義的体系形成に遡ることができなければならない。アングローアメリカ的法思考は実際家——思考であり、また同様にしてコモローの法律家にはペンデクテンの現代の慣用によって教義学的に形成された普通法思考は体系的な大胆不敵さの頂点とみられるのであり、いな、この法律家は我々の概念にとって註釈者の素朴な構成の喜びを保っているものであり、また、無批判に非創造的に編纂されたコルプスユリスでさえ「体系的な」思考の絶品の名作にとって註釈者の素朴な構成の喜びを保っているのである。⁽²⁰⁸⁾

さて、現代的社會意識において「救済方法」が在来の訴の類型に依拠することなく要求されるにつれて、コモローにおける原

理の實際的意味とその欠如している教義学的な完全形成及び豊かな成果との間に不均衡が発生する。我々は、したがって、一面では、「法の健全な原理、すなわち、いずれが治めるか、あるいは、類推によって、いずれが治めなければならないかが発見されるならば、先例の不存在は訴訟上の救済を拒む充分な理由ではない」というような発言を読むのであり、——他面では概念的精密さあるいは体系拘束が存在しないことを残念に思うのであり、これらの存在は原理をその場所とその到達距離にしたがって固定化するものであり、したがってその拘束力を可能にし、また、「健全な」、「法の原理」、「いずれが治めるか」、「あるいは治めなければならないか」の賓辭について、とりわけ、いかにしてこれらの原理が発見され、また、決定されるかの方法について管理を与えるのである。この必要から今日そのように注意を惹く概念形成と体系形成のための骨折があきらかに説明されるのであり、この形成はコモローをしてその歴史にしたがって待ち望むことをさせないが、あの原理こそこの歴史のなかにその保障された機能を持ち、この機能はその広さという点で先例と相重なることのないものである。

S. 190

現代のコモローは、実体法は単に先例にのみ含まれており、また、訴からのみ決定されることができるといふ擬制を放棄して(21)いる。しかし、いかなる制度も秩序の力ある原理から実体的意義における「請求の原因」を与えないとするならば、白地概念のもとで、例えば、「相当な注意の欠如」(我々にとっても馴染のないものではない一時しのぎの方便)、あるいは、同義反覆、例えば、「訴の原因は、なされなければならないことがなされるとき生ずるか、または、なされてはならないことがなされるか」のもとで、先例にふさわしく取得された規則の外部では充分に解決されたものとして手を触れないで(22)そのままにしておくのである。今日、発展は、訴の古い形式が、そのようにしばしば死滅したといわれ、また、亡霊として引用され、(23)現実に死滅しており、また、今や裁判官による原理形成を信頼しない人々によって存在しないことを悲しむことが名誉であるとされる点に存立しており、この原理形成は、例えば、ここでいう現代不法行為におけるように、形態のない格率に満足するのである。(24)最善の実物教育を不当利得法におけるアングローアメリカの状況がおそらく与えるであろう。古典的な救済方法の生成事象、意味と運命とは文献的な関心を見つけることはもちろんであるが、権利保護の限界をより長く決定するものではない。

制度的思考への移動は、USAにおいて、原状回復においてもはや個々の救済方法から出発するのではなくして、「不当利得」という原理、今日教義学的にまだ形を持っていない概念から出発するのであり、この概念は実務においてはじめてその法律要件を

取得するのであるが、他方において原状回復法の Restatements の学問的言語 (アメリカ法律協会一九三七年) はまずはじめにまさに大陸的な概念の限界づけをもって作業をするのである。⁽²¹⁾ 実務と慣用の解釈学説はここでは実質的な規則で満足するのであり、この規則は古い訴の形式と黙示の契約、法定信託などのような教義学的形相の苦しい努力にもかかわらず法技術的法律要件形成と管理との欠如につき殆んど欺くことはないのである。⁽²²⁾ このようにして既に Lord Mansfield の威勢のよい——またあまりにおおらかな——一般引受訴訟の「自然的正義」という道具への拡大が解消してしまった抵抗はあらためてそのかされるのである。そして、人々が今なお「古典的な」訴の形式からの論証を表面的として責め、また、「真実の平衡」を「ローマ的な」(したがって普通法的な) 非債の不当利得返還請求権に模倣してつくられた解釈学説のなかにさがしている間、⁽²³⁾ 人々は同時に既に「黙示の契約」の堅固な地盤が犠牲にされること、また、体系的な安定性が失われることを残念に思っているものであり、この安定性を準契約の「かけがえない」範疇がやはり提供した。⁽²⁴⁾ 「私は結論する」と Holdsworth はむすんでいる。⁽²⁵⁾ 「イギリス法が不当な利得のための救済方法を与えている条件は非合理的なものではない。この条件はある特殊な点において修正を要求するということがあるのはもちろんである。しかし、コモンローの規則の基礎があらゆることに散乱されたならば、また、すべての事柄を裁判官の裁量にゆだねた規則がそれに代るならば病氣よりもっと悪いことのための救済方法であるであらう、……全く体系がないということよりも体系は余りに厳格であつてもある方がよりよいのである」と。

三、我々は結局新しい制度的思考の結晶点としての原理について語ることができるのであり、訴権的思考が民事的意義において概念的教義学を欠如しているためみずからと等価の担保を与えないし、また、先例を伝統的に管理することと矛盾するがゆえにのみ制度的思考は今まで苦勞して訴権的思考に対してみずからの意見を主張するのである。しかしながら原理と規則との間の現実の力の限界は先例の議論されることなく認められている法的権威によって今日なお蔽いかくされている。⁽²⁶⁾ したがって拘束してゆく法規範の意味は規則にのみ、すなわち狭さと広さという点において属しているのであり、原理、解釈学説、格率に属しているのではないし、規則は具体的な決定理由から獲得されることができるようなものである。原理は今日形式的に法権威でもなく演繹的に確信してゆく「明確性的手段」でもない。すなわち、それは法的理由づけの出発点に「すぎない」。⁽²⁷⁾ しかし、何がすべてをこの出発点に依拠させないのであるか！ 制定法においてもまた我々に法原理を規範に反対して形式的権威に軽視することがゆだねら

S. 192

S. 191

S. 193

れているのであり、また我々は、このことが規範の決定形成の力に反対する何物も詳しく述べていないことを知っている。影響を及ぼす手段だけが問題を提供する思考において公理的思考におけるとは異なるのである。原理というものは規範と規則の解説、すなわち、事態における法的に意味のある事実、また先例における法的に意味のある註解の前—選別と承認の方向を制圧する。先例における判決理由と単純な文言の区別、いいかえれば、法の本質的内容と単純な「法原則的」立場の区別、要するに「規則」の運命は原則に依拠するのであり、この原則から裁判官はその事案において出発するのであり、また、この原則を彼は「該当する」先例においてさがし求めるのである。全くこのようにして神聖化された「判決拘束力」の幻想は先例を通して存立しつづけることができる。理論ではなく、意見や概念ではなくして、判決宣言が規則の存立を確定した。その理由は、何が各々の宣言系列の時代に存立している内容の一部であるか、まさにそれは理論、意見及び概念によって決定されるのであり、それらは法を発見してゆく裁判官が彼の時代において知り、また承認するのである。⁽²⁸⁾

(183 a) 「イングロアメリカ」法の概念のため Good Hart, Case Law in England and America: Cornell L. Q. 15 (1930) 173 を参照せよ。二つの言語体系の相違のため POUND, The Development of America Law and its Deviation from English Law: L.Q. Rev. 67 (1951) 49-66 und W. WENGLER, Die Anpassung des englischen Rechts durch die Judikatur in den Vereinigten Staaten: Festschrift für Ernst Rabel I (1954) 39 ff. 学術用語はこれらの留保をともなうて使われる。イギリスの及びイングロアメリカの法規の特性のために上述の二二九頁以下と第一章四の最後(二二八頁以下)を参照せよ。二つの領域は身体と人為的に接合された器官のように関係している。すなわち、同じ血液循環であるが、別箇の構造である。この素材の体の異質性もまた北アメリカの裁判官を妨害するのであり、この裁判官は憲法の拘束と規範の管理を通してイギリスの裁判官のようにコモンロー原理との融合に際して制定法に対する不安な防禦姿勢を示さない。いずれともとれる事案において北アメリカの裁判官は法をむしろ制定法の影のなかに(風圧のなかに)見つけるのである。この裁判官をして彼の社会意識が制定法に反対する立場をとらせるならば(例えば New Deal の年において)、彼は制定法を裁判官による回避行為の承認というを通して無効にするのである。古典的事例はニューヨーク州における相続税法の導入の際にみられる。受託者たることは回避の手段として正統化される。Vgl. Van Cott v. Prentice (1887) 104 N.Y. 45, 10 N.E. 257. 「法改正」はイングロアメリカの裁判官にとって背理の表象であり、その理由は彼は立法者は法律 lex のみを期待して、法 ius を期待しないし(以下の第一四五を見よ)、またコモンロー規則の変改は彼自身の手のなかにある。裁判官のみが「それは法である」ということを宣告する権威を持っている。

- (184) 法 *law* においてコモンローは、いかた法がUのA—国家において今なお最も重要な法集団を形成しているか、に意味を与えている。しかも、法律学的方法が優位に支配している Louisiana, Georgia, California, Montana, North- und South Dakota にあけるように、広い私法の部分が法典化されるようにあつてゐる。Equity にあける論理操作のために上述の第四章六四頁以下を参照せよ。
- (185) 入札的であるのは Lévy-ULMANN, *The English Legal Tradition: Its Sources and History* (1953)。そのために L. Q. Rev. 51, 708 の書評。HOLDSWORTH の序文、ただしその Die Zivilgesetze der Gegenwart II: Das Zivilrecht Englands I (1931) 79-100 に使われた略号の一覧表を参照せよ。
- (186) Dazu Jolowicz in dem o.a. Beitrag "Roman Regulae and English Maxims" (N.II 47).
- (187) 法哲理理由でこの概念のなかに STEBBING, *Logic in Practice* (1948) 10ff., 28ff を参照せよ。ペンハロ・アメリカ法に於ける帰納的的思考の種類について特に SAMUEL STOLJAR, *The Logical Status of a Legal Principle* (N.I 84) 181 (184) の上程の扱ふ。そのために ALLEN (N.I 171) 248, 249, 250 ならん LEVI, *An introduction to Legal Reasoning* (1949).
- (188) BRUTAU (N.I 41) 190, 同様に BUCKLAND und McNAIR, *Les sources du droit romain et du common law: Recueil Lambert II*, 18 ff.
- (189) 「実在主義学派」"realistic school" (oben S. 21ff.) の攻撃に立上つて、判例は発展の事象である(「先例から先例へと規則はあつてゐる」CARDOZO, *The Nature of the Judicial Process* [1941] 48) などの表象は優位を維持しようとする。ただし結局「規則はつてゐる」にしようとする案牘的なものは「規則が定られた」カーメンの喝ひである。LEWELLYN, *The Ballad of the Glory of Rules*, in: *Put in this Thumb* [1931]。規則は固定した適用を経験する (LEVI: "The pretense is that the law is a system of known rules applied by a judge...") (口実は法は裁判官によつて適用された知られた規則の体系であるというものである)。決定過程に於ける規則の現実的役割に関する。また「適用しようとして確立された解釈等説」に関する明白性を申見する第一番の WAMBAUGH, *The Study of Cases* (1894) 24 によつて。Legal Rules のための論議のなかに DICKINSON: *Their Function in the Process of Decision*. Univ. of Pa. L. Rev. 79 (1931) 833, 1052 をまた参照せよ。D' は、各々の「適用」は同時に念入りに仕上げるというものである。特殊化と押しやる規則の発展を特色に付けるというものを示している。W' は、そのためのこのためにかつて事案の解釈等説は発見せられぬか」という批判にあつて多々このことを先取りしたのである。
- (190) Vgl. LEVI a.a.O. 15 zur "Inherently Dangerous-Rule".
- (191) Vgl. MARSH, *Principle and Discretion in the Judicial Process*: 68 L. Q. Rev. (1952) 226 ff.; auch DAWSON (N.I. 7) 25.
- (192) そのために上程の四四頁以下を vgl. auch LIPPS, Beispiel, Exempel, Fall und das Verhältnis des Rechtsfalls zum Gesetz (1931);

zur case law-method besondere DEAK, Le rôle du cas dans le common law et en droit civil: Recueil Lambert I, 467 ff.

- (193) この実用主義への特質のため STONE の基本的著作 The Province and Function of Law² (1950) bes. 317 ff., 355 ff., 451 ff.

- (194) Dazu STONE a.a.O. 186 ff. ("The System of Precedent, based on the Ratio Decidendi;." Precedents as Practical Means of Marshalling Past Experience for Present Choice" usf.). 「限界」の全体の問題のため vgl. GOODHART, Determining the Ratio Decidendi of a Case: 40 Yale L. J. (1930) 161, und CARDOZO, The Nature of the Judicial Process¹ (1941). FRIEDMANN, Legal Theory² (1949) und J. FRANK, Courts on Trial (1950). 以下はその司法の議論の状況。Vgl. aber auch schon WAMBAUCH a.a.O. 8 ff. und MOSCHZISKER, Stare Decisis, Res Judicata etc. (1929) und MEIJERS, Stare Decisis (1942). 個々の詳細については一九三頁以下。

- (195) WAMBAUCH a.a.O.S. 15, 29, 73.

- (196) Vgl. DEAK, WAMBAUCH sowie die Autoren N. III 194, LLEWELLYN の入門的な概括叙述 Einführung in das amerikanische Präjudizienwesen (1928). FRIEDMANN 二八七頁以下の最もよい批判。技術の古典的「正当化」と自己批評。それは "Stare Decisis" の命令に従って先例の權威を顧慮すること。この權威を原則的な新しい方向づけにしたがって目的の定められた新しい區別を通して無視すること（へうがえすこと）を DENNIS LIDDY, Reason and Logic in the Common Law: 64 L.Q.Rev. (1948) 468 (482) が与えている。"モンロー" のように、拘束している先例にもとづいている法の体系において、裁判所は初期の先例と一致すべき必然性によって、自然に嚴格にこの「合理的」過程を適用することには限定されている。このような体系において、しかしながら、裁判官の前である事案と初期の決定との間に、事実にもとづき區別を生ぜしめることによつて、彼のためになお多くの自由活動の余地があるままである。この意義において、それゆえ法は、裁判官の場合に、つまるところ區別を生ぜしめる技術に大いになるものであり、また、實際家の場合に、裁判官が生ぜしめるらしい區別を期待する技術になるのである。」

- (196) STONE の手記の資料、前掲書 一三〇頁以下、特に古典的な章 "Fallacies of the Logical Form in Legal Reasoning", 149-214, FRIEDMANN 前掲書の手記と同様である。

- (197) このために図解の説明であるのは CARDOZO in McPherson v. Buick, 217 N.Y. 382, III N.E. 1050 (1916), LEVI は前掲書で、つかにしているような事案においてラチオは実際に新しく決定されるかを示しているものであり、その理由は判例拘束の彼方で、原理はそれみずからの道を進んでいるのであるから。

- (198) Dazu unten 5, S.197 ff.

- (199) STOLJAR (N.I. 84) 193, Vgl. schon OLIPHANT, A Return to Stare Decisis: Am. Bar Ass. J.14 (1928) 71, und LLEWELLYN,

The Bramble Bush (1950) 63 ff.

(200) Vgl. ALLEN (N.I. 171) 159

(201) STOLJAR (N.I. 84) 192.

(202) Vgl. SIMONIUS (N.I. 24) 239.

(203) Vgl. KASER, Das altromische Ius (1949) 11, 63 ff.

(204) Vgl. HOLDSWORTH, Sources and Literature of English Law (1925), sowie MAITLAND, The Forms of Action at Common Law (1936) (Neudruck der zuletzt in der 9. Aufl. von Maitlands "Equity" enthaltenen historischen Darstellung), namentlich aber auch FIFOOT, History and Sources of the Common Law (1949) (mit zahlreichen Auszügen aus (GLANVILLE)).

(205) 事例は数多くある。その模範例は der Case Craven Ellis v. Canons Ltd. (1936) 2 K.B. 403 である。この事例は "Quantum Meruit" を新しく設けることをもって、準契約債務の新しい形式を創造する試みに関する概観を与えるのである。

(206) 2. 13 Edvard IC 24 § 2: それ以来令状が衡平裁判所において見つけられる事案において、また、同じ権利に分類される同じような事案において、また同じような救済措置を要求する同じような事案において令状の先例が提出されることができないときはいつでも、衡平裁判所の書記官は新しい令状をつくることに同意させられるであろう。また、彼等が同意することができなければ、それは次の議会に上程させられるであろうし、また、そこで令状は法律の学者の承諾によって組み立てられるであろうが、それは、我々の領主、国王の裁判所が訴追者のために正義を行うことに不足しているということが将来のために起らないと仮定した場合のことである。

(207) 唯一の発展形成方式は等価の法律要件の事案事案に応じて承認する際訴の文言の「模写」であった。原型は "Trespas on case" (場合侵害訴訟) である。侵害訴訟の令状は単に外部的な型であるにすぎない。令状の沿革はきわめて争われているところである。権利の古い令状は国土の借権に対する国王の保護文言であったし、それは州奉行への国王の令状申請書により、また、領主に義務を負わす権利の訴訟開始令状により行われた。一二六五年 (Edward I) 以来それは領主の侵略に対する自由農民の普遍的な国王の陪審による裁判方法になり、この侵略は「我々の平和に対する暴力と軍隊により行われる」(新しい不動産占有侵害の陪審による裁判方法、すなわち始源的に闘争による審判の代りに陪審員への訴。次のことは特長的である、高権的特権としての各々の令状は将来の令状申請書であるが、他面においてすべての種類の「給付」にとって考えられうることであり、したがってまた債務として—動産返還請求訴訟—(のちに) 捺印契約訴訟—としてみなされる。しかし、これらすべてのことは侵害訴訟の発展を今なお明らかにしていない。

(208) このことは特に USA でおいて通用するものにあり、ここでは次のような種類の附随意見はまれではなく、また、実家の著作において (Vgl. 1 Am. Jur., 413, Action) 印象深い横断面を裁判官の見解に与えている。「裁判所の実際の意見を採用すること——できうるだけ社

会の現状の状態のために——また、他の救済方法が存在しない権利を強く主張する」とは裁判所の義務である」(State v. Ohio Oil Comp-
any, 150 Ind. 21; 49 N.E. 809; 47 L.R.A. 627)。

- (209) Vgl. etwa STONE (N.III 193) 56/57. 「ペンデタテン学者はユスティニヤンのローマ法大全にもといて作業したのであり、この大全はそれ自体のなかに論理的形式の整合性に対する比類のない熱望とこの整合性が達成したことを代表してゐた。」(一)。

- (210) Hill v. Chesapeake & P. Teleph. Co., 42 App. D.C. 170; 15 L.R.A. (N.S.) 1072.

- (211) 次のこと及び第二章二四頁以下を参照せよ。

- (212) 实在論学派のすべての抵抗にもかかわらず実体的法状況の表象は、権利保護から独立して、前進している。コモンロー思考もまた訴の形式的に正しい選択に満足するのではなく、検討の中心点に訴の原因が立つており、この原因はそれら自体の側で再び「先行の最初の権利」に遡らねばなり得ない。Mc Kee v. Dodd, 152 Cal. 637; 93 P. 854; 14 L.R.A. (N.S.) 780; 125 Am. St. Rep. 82, und Hartigan v. Casualty Co., 180 App. Div. 193; 167 N.Y. S.645.

- (213) Riner v. Riner, 166 Pa. 617, 31 A347; Am St. Rep. 693.

- (214) 「我々は訴のこれらの形式を埋葬したけれどもそれはまたその墓場から我々を規律する」 MAITLAND (N.I 198) 226.

- (215) 上述の五五頁を参照せよ。そのために個々の点に就いて meine Abhandlung: Die Zweispurigkeit unseres Haftpflichtrechts (N.I 15) 221 ff., insbes. in den rechtsvergleichenden Anmerkungen. 出口は我々を訴ひなすべし原理である。『働かざる者食うべし』の原理がある。我々を訴ひなすべし例として Security Stove & M.F.G.Co. v. American Ry. Express Co., (1932) 227 Mo. App. 175, 51 S.W. 2 d 572 に就いて中核的問題がひびきあり、それだが、第一審の意見により事案を決定した Doktrin Hadley v. Baxendale (relianceinterest, S. unten Kap. XVIII, 8a) なるかなる相当な成果を許さなかった。

- (216) Einführende Arbeit in deutscher Sprache FRIEDMANN (N.III 120): S. auch Rabels Z 10 (1936) 426.

- (217) 資料とその歴史的な救済方法を知っている人が単に体系に反するとして非難するものではない。vgl. das Referat von SEAVY und SCOTT in 54 L.Q.Rev. 29; dagegen WINFIELD ebd., 529. したがって WINFIELD の "Law" (A Century of Progress III [1937] 1 に於いて) 「リストメントは今日においてこそ大いに、普遍的でなく、特殊のできうるだけ多くの個々の事案を規律する法律要件から出発する法発見の方法であり、真正の実体的規則を譲り渡すことができるために、教義学的な概念の明白性を欠いている」という固有の鋭い批判をも参照せよ。

- (218) WINFIELD, The Province of the Law of Tort (1931) 141, は「回復のためのより新しい判例は単に外観のためだけ「黙示の契約」を形成しているに過ぎない(「この判例は契約のかわりであるべきでない」)に「むしろ不正な利益の考の上」に「建てられて全く明らかでなく」

適切に詳述している。Vgl. DENSEL, in 53 L.Q. Rev. 448 und FRIEDMANN daselbst 451. — 次前 "indebitatus assumpti" (債務負担引受訴訟) のように今また "quantum meruit" (提供勞務相当金額の請求) は黙示の契約の旗の下に自然法的な拡張を知っている。その結果裁判所の自由裁量の力はより一層にいつみかへられることは殆んどないであろう。Vgl. LORD WRIGHT in KROOK'S WHARF and BULL'S WHARF v. GOODMAN, (1937) 1 K.B. 534 (545). "義務は裁判所によって事案の諸条件のもとに單純に課せられるのである。また裁判所が決定するものは、当事者の關係に關して、正当であり、また合理的である。" 批判のために今また V. CAMMERER (N.III 50) 335.

(219) Moses v. Macferlan, (1760) 2 Burr, 1005; 97 Engl. Rep. 676.

(220) HANBURY, The Recovery of Money: 40 L.Q. Rev. 45 Holt v. Markham, (1923) 1 K.B. 504, 92 L.J.K.B. 406 に關して註記している。"控訴審は、金錢のための訴訟の表面下にある情意の豊かな善意が持たされた受取った杖ひき……軽く動いた。" "The Court of Appeal... has... lightly stirred with a stick the rich deposit of mood which lies beneath the surface of the action for money had and received". "擬制の心要" から解放された真正の事案形成に關する FRIEDMANN の問題性 53 L.Q. Rev. 449 を参照せよ。

(221) HANBURY a.a.O. 34 は次のような美しい註記をともなっている。彼は、すなわちいかなる強制しうる契約も意味をななかった場合、引受訴訟を承認するより、"MANSFIELD in Moses v. Macferlan は明確にあまうに狭い橋を渡ったのであり、この橋は黙示の契約の安全な土壌から自然の公平の移りゆく流砂にみちびくのである。"

(222) P.H.W. in 60 L.Q. Rev. 205 und WINFIELD ebd. 341. 利得の事案の「未解決の」問題の取扱いを準契約の実務家—範疇からの歴史的に変遷した訴をもつ「法定債務關係」の學校体系のなかへ移す第一番目の走りは、KEENER, A Treatise on the Law of Quasi-Contracts (1893) に見られる。Vgl. auch WALD, The Law of Quasi-Contract: 14. L.Q. Rev. 253. 不当利得の衡平法上の原理の新しい体系形成の教義學的結晶点へのよりすみやかな発展のために。vgl. WOODWARD, The Law of Quasi-Contracts (1913). "Quasi" という範疇は以前から「体系」が欠如している未解決の接合のための逃れ道である。vgl. ULLMAN D.12, 6, 26: 永久的 (滅却的) 拡張にとつてある債務は「債務のないものに準ずる」。"黙示の契約" の代りに既にこの範疇の LORD MANSFIELD を通しての「引受訴訟」の一般化のための導入は不当利得のもとでの救済として役立ったのであり、また、最も大きい障害を惹起したということは忘れられてはならぬ。今日もやはり不当利得法における衡平のこの拡大はイギリスのコモン・ロー法律家の神経痛性の一点である。Vgl. DAWSON (N.I 7) 19 "それにもかかわらず準契約の回復を否定する同じイギリスの裁判官は突然に彼等の衡平の帽子をかぶり、また、最も奇妙なことをするるのである。"

(223) 55 L.Z.Rev. 53; vgl. noch DENNING: 55 L. Q.Rev. 54 und WINFIELD: 60 L.Z.Rev. 341; 63, 35 und 64, 46.

(174) 先例の理論のために、上述の一八五頁 N. 194 に引用された文献ならびに次の説明を参照せよ。Einführung GOODHART, Precedent in English and Continental Law: 50 L.Q.Rev. 40 (= Les précédents en droit anglais et continental: Ann. Inst. Phil. 1934/35, 37), und SALMOND (N.I 171) 176ff. Ebda. 192-194 über "Sources of Judicial Principles". 判例法に及ぼる先例形成のたることについての第一章三。

(175) Vgl. RADIN, A Short Way in Statutes: 56 Harv. L.Rev. 343.

(176) Dazu LAUN (N.I 80).